



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

**Schweizerische Kartellrechtstradition und "more economic approach": zur
bundesgerichtlichen Rechtsprechungspraxis 1896-1960**

Thier, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-54085>
Book Section

Originally published at:

Thier, Andreas (2011). Schweizerische Kartellrechtstradition und "more economic approach": zur bundesgerichtlichen Rechtsprechungspraxis 1896-1960. In: Sethe, Rolf. Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag. Bern: Stämpfli, 621-645.

Schweizerische Kartellrechtstradition und „more economic approach“

Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechungspraxis 1896-1960

ANDREAS THIER

Inhaltsübersicht

I.	Ausgangspunkt: Zur Diskussion über die Zwecksetzungen von Kartellrechtsregeln	621
II.	Die bundesgerichtliche Begründung der Kartellfreiheit	627
III.	Die Grenzen der Kartellfreiheit.....	632
IV.	Die Ausübung von Kartellmacht und ihre Grenzen	635
	1. Persönlichkeitsrecht und freie Konkurrenz	636
	2. Volkswirtschaftliches Kartellinteresse und Boykott	640
	3. Die Renaissance des Persönlichkeitsrechts	642
V.	Schluss	644

I. Ausgangspunkt: Zur Diskussion über die Zwecksetzungen von Kartellrechtsregeln

Die kontroverse Diskussion über den „more economic approach“, seine Inhalte, seine Legitimität und seine Anwendbarkeit, zählt seit einiger Zeit zu einem der, wie es scheint, wesentlichen Themen des kartellrechtlichen Diskurses in Europa.¹ Es kennzeichnet das breite Interessenspektrum des Jubilars, dass er sich auch in dieser Debatte zu Wort gemeldet hat.² Im Zentrum der Kontroverse stehen zwei aufeinander aufbauende Themenkomplexe:³ Auf einer sehr grundsätzlichen Ebene stellt sich die Frage, ob das Kartellrecht auf ökonomische Effizienzvorgaben ausgerichtet und damit an der ökonomischen Wirkungsmacht ausgerichtet werden soll, anstatt auf den Schutz des Wettbe-

¹ Für einen Überblick s. etwa CHRISTIAN KIRCHNER, Fusionskontrolle und Konsumentenwohl-
fahrt. Eine rechtswissenschaftliche und ökonomische Auseinandersetzung, ZHR 173
(2009), 775, 776-783 und passim; näher etwa ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbe-
werbsfreiheit. Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbe-
schränkungen (Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik, 56), Tübingen
2008, 15-68 und passim; ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Freedom to Compete or Con-
sumer Welfare: The Goal of Competition according to Constitutional Law, in: Roger Zäch/
Andreas Heinemann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), The Development of Competition Law.
Global Perspectives, Cheltenham/Northampton 2010, 61, 61-64 m.w.N.

² ROLF H. WEBER, Methodenlehre und Kartellrecht, in: Rolf H. Weber/Andreas Heinemann/
Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kar-
tellrechts im europäischen Kontext, Bern 2009, 1 ff.

³ Für diese wichtige Differenzierung insbesondere KIRCHNER (Fn. 1), 779 f. m.w.N.

werbs als Institution und der individuellen Wettbewerbsfreiheit abzustellen. Auf einer zweiten Stufe bewegt sich die Diskussion darüber, ob bei einer effizienzorientierten und damit wirkungsorientierten Ausrichtung des Kartellrechts die Konsumentenwohlfahrt, der *consumer surplus*, zum Zielpunkt des Kartellrechts und seiner Anwendung werden müsse, eine Position, die insbesondere die EU-Kommission zumindest dem Anspruch nach immer wieder herausgehoben hat.⁴

Im Zusammenhang mit der schweizerischen Rechtsordnung diskutiert werden diese Fragen vor allem im Blick auf die verfassungsrechtliche und gesetzgeberische Zielbeschreibung des Kartellgesetzes, Art. 96 Abs. 1 BV, Art. 1 KG, und im Rahmen der kartellrechtlichen Beurteilung wettbewerbsbezogenen unternehmerischen Handelns wie etwa bei Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1, Art. 5, 6 KG). In dieser Diskussion stehen sich im Kern zwei Argumentationsansätze gegenüber:⁵ Ein Ansatz, der sich als „traditionelles Wettbewerbsverständnis“ beschreibt, rückt den Wettbewerb und die individuelle Handlungsfreiheit als primäres Ziel kartellrechtlicher Normgebung in den Vordergrund, die dann ihrerseits auf die in Art. 94 Abs. 2 BV enthaltene Zielvorgabe staatlichen Handelns, die „Wohlfahrt ... der Bevölkerung“⁶ hingeordnet ist. Diese Wohlfahrt verwirklicht sich durch den rechtlich geschützten Wettbewerb freier Individuen.⁷ Die Gegenmeinung sieht gerade im Blick auf Art. 94 Abs. 2 BV den „Zweck des Kartellgesetzes *allein* in der Maximierung der sozialen Wohlfahrt“, ⁸ teilweise wird vor allem auf einen prinzipiell institutionenbezogenen Schutzzweck des Kartellgesetzes und damit dessen gesamtwirtschaftlichen Referenzrahmen hingewiesen.⁹ Mit der Frage nach der Zwecksetzung des Kartellgesetzes verbindet sich zugleich das Problem, in welchem Umfang im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Rechtsan-

⁴ Dazu etwa KIRCHNER (Fn. 1), 777 f., 783-790; MATTHIAS RUFFERT, Völkerrechtliche Impulse und Rahmen des Europäischen Verfassungsrechts, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, 95, 128-130 m. N. 58-60; WERNHARD MÖSCHEL, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“, JZ 2009, 1040, hier 1040 f., 1044 f., der dabei zugleich auch den in erster Linie programmatischen Verheissungscharakter solcher Erklärungen herausstreicht.

⁵ Näher die Darstellung bei KÜNZLER, Effizienz (Fn. 1), 298-301.

⁶ Dazu etwa GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, Zürich 2007, Art. 94, N 1, 8-10.

⁷ Für diesen Ansatz insbesondere YVO HANGARTNER, Selektive Vertriebssysteme als Problem des Wettbewerbsrechts, sic! 2002, 321, 322-324.

⁸ MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Die Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Zürich/Basel/Genf 2004, 69, hier 74 (Hervorhebung im Original).

⁹ So etwa ADRIAN RAASS, Eine Frage der Erheblichkeit: Zur Interpretation eines Schlüsselbegriffs im Kartellgesetz, sic! 2004, 911, 917, 922.

wendung überhaupt wettbewerbspolitische Zielsetzungen berücksichtigt werden dürfen.¹⁰

Für den externen Betrachter sind in dieser Kontroverse mehrere Problemstränge miteinander verflochten. In der Diskussion ist vor allem die Kontinuität utilitaristischer Ansätze in der Nachfolge JEREMY BENTHAMS in den Vordergrund gerückt worden.¹¹ Allerdings wird damit nur ein, wenn auch sicherlich sehr bedeutsamer, Ausschnitt dieses Themenfeldes beschrieben. Es lassen sich zumindest noch zwei weitere Ebenen des Grundsätzlichen ausmachen: In der Auseinandersetzung um die Einbeziehung ökonomischer Theoriemodelle steht einmal mehr die Frage zur Debatte, wie die Rechtswissenschaften ihre Beziehung zu anderen Wissensbereichen definieren wollen.¹² Denn in der Diskussion um den „more economic approach“ wird nicht zuletzt auch um die Beziehung zwischen ökonomischen Theorieansätzen und rechtswissenschaftlicher Dogmatik gerungen. Diese Auseinandersetzung gewinnt durch die prinzipielle Unterschiedlichkeit der Funktionen und Perspektiven beider Wissensbereiche an Intensität.¹³ Aus der Sicht ökonomischer Betrachtung werden Rechtsvorschriften vor allem auf ihre realen Wirkungspotentiale und ihre realen Entstehungsbedingungen befragt.¹⁴ Dagegen ist es das zentrale Anliegen rechtswissenschaftlicher Dogmatik, Rechtsregeln auszulegen und in Sinnzusammenhänge zu bringen, um damit rechtlich gebundene Konfliktentscheidungen rational begründbar zu machen.¹⁵ Deswegen bewirkt die Ver-

¹⁰ Vgl. nur WEBER, Methodenlehre und Kartellrecht (Fn. 2), 28-30; näher etwa ADRIAN KÜNZLER, Rechtlicher Regelungsrahmen und ökonomische Analysen im Kartellrecht, AJP 2008, 1074, 1076-1083.

¹¹ In diese Richtung insbesondere KÜNZLER, Effizienz (Fn. 1), 19-31.

¹² Dazu etwa die Beiträge in: CHRISTOPH ENGEL/WOLFGANG SCHÖN (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007.

¹³ Auf der gleichen Linie auch ERNST JOACHIM MESTMÄCKER, 50 Jahre GWB – Die Erfolgsgeschichte eines unvollkommenen Gesetzes, WuW 2008, 6, 14 f. m.w.N. Weitergehend KÜNZLER, Effizienz (Fn. 1), 263-291, der dazu tendiert, den wettbewerbspolitischen Überlegungen des „more economic approach“ die Wissenschaftlichkeit abzusprechen, indem er Effizienzerwägungen generell aus dem Feld der „wissenschaftlichen Erkenntnis“ in den Bereich des Axiomatischen und damit der „vorwissenschaftlichen Entscheidung“ (290) verbannt. Wie immer man indes zum „more economic approach“ stehen mag, dieses Vorgehen wirft erhebliche Probleme auf und provoziert insbesondere Rückfragen an das Wissenschaftsverständnis seines Urhebers.

¹⁴ Im Zusammenhang ökonomischer Regulierungstheorien s. MARTIN LESCHKE, Regulierungstheorie aus ökonomischer Sicht, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, 281, 287-289 m. N. 16-18, 330 m. N. 136 und passim m.w.N.; für das schweizerische Kartellrecht jetzt in ebenfalls entschiedener Grundsätzlichkeit: PETER STRAUB, Das Rechtsprinzip des wirksamen Wettbewerbs und seine normative Wirkkraft im Spannungsverhältnis von Kartellrecht und Immaterialgüterschutz in der Schweiz und der Europäischen Union, Zürich 2009, 25-71.

¹⁵ Umfassend: JAN HARENBURG, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis. Ein Beitrag zur Theorie der Rechtsdogmatik, Stuttgart 1986. Markante Beschreibung der strikt rechtssatzgebundenen Perspektive einer dogmatisch geprägten Rechtswissenschaft in Abgrenzung zu sozialwissenschaftlichen Perspektivbildungen der Jurisprudenz bei WOLFGANG ERNST, Gelehrtes Recht. Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in:

bindung von wirtschaftswissenschaftlicher und rechtsdogmatischer Analyse fast zwangsläufig perspektivische Spannungen. Als Konsequenz rückt dann die Frage ins Blickfeld, in wieweit die epistemologische Identität der Rechtswissenschaft insgesamt die Einbindung von wirtschaftswissenschaftlichen Methoden zulässt und wie dann die Deutungshoheiten zu bestimmen sind.¹⁶

Jenseits dieses methodologischen Themenkomplexes verweist die Kontroverse um den „more economic approach“ auf das Spannungsverhältnis zwischen „Regulierung und Freiheit“¹⁷ und auf die Frage nach der Funktion von organisierter Staatlichkeit für wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklungsdynamiken. So gesehen steht der „more economic approach“ in seiner konsumentenorientierten Ausprägung in der Tradition¹⁸ von frühneuzeitlicher *Policey* und aufgeklärt-absolutistischer Staatlichkeit mit ihrer umfassenden Sorge für das (in seinen Inhalten hoheitlich definierte) Wohl der Herrschaftsunterworfenen.¹⁹ Seine Fortsetzung findet dieser Regelungsansatz aber auch in den seit dem Ende des 19. Jahrhunderts entstehenden Konzeptionen des Interventionsstaats,²⁰ die nicht zuletzt auch in der Kartellrechtstradition Europas deutliche Spuren hinterlassen haben.²¹ Umgekehrt stehen die Entwürfe eines individualgerichteten Kartellrechts ein Stück weit in der Kontinuität reformierter Staatlichkeit am Beginn des 19. Jahrhunderts, die sich an der Förde-

Engel/Schön (Fn. 12), 3 ff., der diese Position im Schlagwort vom *strictly legal point of view* verdichtet (a.a.O., 15 und öfter).

¹⁶ Als einführender Überblick zu dieser Problemstellung aus der Perspektive der Methodendebatte des Verwaltungsrechts: CHRISTOPH MÖLLERS, Methoden, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhardt Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, München 2006, 121, 162-164 m. N. 45 f. m.w.N.; umfassend: HORST EIDENMÜLLER, Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2005.

¹⁷ Dazu etwa HANS-JOACHIM CREMER, Regulierung und Freiheit, in: Michael Fehling/Mathias Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, 212 ff. m.w.N.; UDO DI FABIO, Wettbewerbsprinzip und Verfassung, *ZweR* 2007, 266 ff.

¹⁸ Zur historischen Tradition des Konsumentenschutzes: THOMAS DUVE, in: Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, Tübingen 2003, §§ 1-14 N 66-77; MATHIAS SCHMOECKEL, in: Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band II: Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 2. Teilband, §§ 305-432, Tübingen 2007, vor §§ 312, N 14-51.

¹⁹ Für einen einführenden Überblick s. etwa MICHAEL STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1: Reichspublizistik und *Policey*wissenschaft 1600 – 1800, München 1988, 321-327, 369-371 m.w.N.

²⁰ MICHAEL STOLLEIS, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 11 (1989), 129 ff.

²¹ Umfassend: DAVID J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford 1998, 43 ff. und passim. Überblick bei MATHIAS SCHMOECKEL, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft : seit dem 19. Jahrhundert*, Tübingen 2008, 243-272.

lung des Wettbewerbs der Einzelnen ausrichtete und deswegen Kartellbildungen für nichtig oder sogar für strafbar erklärte.²²

Auf den ersten Blick scheint viel dafür zu sprechen, dass sich auch die schweizerische Kartellrechtsgeschichte eher auf dem Pfad einer individualgerichteten Tradition bewegt hat: Inspiriert durch Art. 419 CC verboten nämlich die Kantone Tessin, Zürich und Bern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts unter Strafandrohung die Kartellbildung.²³ Durchgängig waren diese Regelungen auch dem Gedanken des freien Wettbewerbs verpflichtet, betonte doch etwa der Zürcher Gesetzgeber 1831 ausdrücklich „die Freiheit des Handels und der Gewerbe ... als Grundsatz“. Allerdings stand diese Freiheit von vornherein unter einem allgemeinen Wohlfahrtsvorbehalt, galt sie doch nur, „soweit sie mit dem Wohl der gesamten Bürgerschaft und demjenigen der Handel, Gewerbe und Handwerk treibenden Klassen vereinbar ist.“²⁴ Dagegen verknüpfte die bernische Regelung freie Konkurrenz und Wohlfahrt in einer Finalbeziehung. Denn die Kriminalisierung der „Vereinigung von Inhabern gleicher Verkaufsgegenstände, um diese entweder gar nicht oder nur zu einem bestimmten höheren Preise“ wurde aus der Sorge um Handel und Verbraucher begründet und diente dem „freien Verkehr mit Nahrungsmitteln“.²⁵ Hier also stand der Schutz individueller Wettbewerbsfreiheit (zumindest im Nahrungsmittelsektor) ganz im Dienst der allgemeinen Wohlfahrt. Freilich blieben diese Regelungen vereinzelt und wurden offenbar kaum je einmal angewendet,²⁶ auch wenn 1864 der „Verein schweizerischer Zündholzfabrikanten“ in Zürich mit dem Versuch scheiterte, durch ein Preiskartell „Zündhölzchen zu möglichst hohem Preise zu verkaufen“.²⁷

²² Im Überblick: HELMUT COING, Europäisches Privatrecht, Bd. 2: 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, München 1989, 178-180.

²³ Codice penale della repubblica e cantone del Ticino, 1816, § 205; im revidierten Codice penale 1873 wurde das Verbot der Preisbeeinflussung *mediante coalizione* beibehalten (Art. 235, § 1). Zürcher Gesetz über das Gewerbswesen im Allgemeinen und über das Handwerkswesen in's Besondere, vom 9.5.1831, § 17 (Offizielle Sammlung der seit Annahme der Verfassung von 1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verfügungen des Eidgenössischen Standes Zürich, Bd. 2, 29). Bernische Verordnung betreffend den freien Verkehr mit Nahrungsmitteln, vom 16.10.1846, § 2 (Neue offizielle Gesetzessammlung des Kantons Bern, Bd. 4, 182). Zum Ganzen CHARLES ZOELLY, Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, 64), Aarau 1917, 30-36.

²⁴ Gesetz über das Gewerbswesen im Allgemeinen und über das Handwerkswesen in's Besondere, vom 9.5.1831, § 1 (Hervorhebung entspricht nicht dem Original), vgl. auch ZOELLY (Fn. 23), 35.

²⁵ Die Verordnung „betreffend den freien Verkehr mit Nahrungsmitteln“ werde erlassen, „um dem Getreide- und Mehlhandel, sowie dem Brodverkaufe den nöthigen Schutz angedeihen zu lassen und solchen Handlungen, durch welche absichtlich die Erhöhung der Getreide- und Brodpreise auf eine künstliche Weise bewirkt wird, mit Nachdruck entgegenzutreten“; Verordnung betreffend den freien Verkehr mit Nahrungsmitteln, Präambel (Neue offizielle Gesetzessammlung des Kantons Bern, Bd. 4, 182).

²⁶ ZOELLY (Fn. 23), 31-33.

²⁷ Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der Zürcherischen Rechtspflege 14 (1864), 403 f.; s. a. Bd. 15 (1865), 52 f.

Angesichts solcher Befunde stellt sich die Frage, wie sich die schweizerische Rechtspraxis in der Folgezeit zum Spannungsverhältnis von Wettbewerb, Kartellen und Wohlfahrtspostulaten verhielt. In neueren Stellungnahmen ist in diesem Punkt eine sehr eindeutige Position vertreten worden: Es sei nämlich in der Zeit vor dem ersten Kartellgesetz 1962 „der *Freiheitsaspekt* des gesetzlichen Wettbewerbsschutzes ... selbstverständlich“ gewesen.²⁸ Eine besonders prominente Rolle wird dabei dem „Vögtlin-Urteil“ des Jahres 1896²⁹ zugewiesen, das das „private Recht auf Wirtschaftsfreiheit“ erstmals begründet habe.³⁰ Dem steht allerdings die Einschätzung der Preisbildungskommission von 1957 entgegen, wonach die Schweiz immerhin „zu den kartell dichtesten Ländern“ zu zählen sei,³¹ was zugleich auch dem Konsens der wirtschaftshistorischen Forschung entspricht.³² Offensichtlich war demnach die Marktordnung von einem vor allem korporativen Freiheitsverständnis geprägt, das individuellem Handeln nur wenig Raum liess.

Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend der Blick auf die kartellrechtliche Judikatur des Bundesgerichts in der Zeit vor dem Erlass des Kartellrechtsgesetzes 1962 gerichtet werden. Zwar ist sie bereits mehrfach³³ und

²⁸ KÜNZLER, Effizienz (Fn. 1), 311 (Hervorhebung im Original); ebenfalls bereits in: ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Individualschutz und Institutionenschutz als Aufgaben des Kartellrechts, in: Roger Zäch/Christine Breining-Kaufmann/Peter Breitschmid/Wolfgang Ernst/Paul Oberhammer/Wolfgang Portmann/Andreas Thier (Hrsg.), Individuum und Verband. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich/Basel/Genf 2006, 291-304, 299. S. a. ZÄCH/KÜNZLER, Freedom to compete (Fn. 1), 70 f.

²⁹ BGE 22, 175 (Urteil vom 30.3.1896).

³⁰ KÜNZLER, Effizienz (Fn. 1), 196, s. a. a.a.O., 312.

³¹ PREISBILDUNGSKOMMISSION, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz (31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements), 2. Aufl., Bern 1957, 52.

³² HARM G. SCHROETER, „Kartelle“, Historisches Lexikon der Schweiz, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D13734.php> (Stand: 14.10.2008); HARM G. SCHROETER, Kartellierung und Dekartellierung 1890-1990, Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 81 (1994), 457-493, 490 f.

³³ Für einen ersten Überblick hilfreich: ERIC HOMBURGER/JENS DROLSHAMMER (Hrsg.), Schweizerisches Kartell- und Monopolrecht. Bibliographie, Gerichtsentscheide, Arbeiten der Kartellkommission, Materialien, Bern 1981, 125-148 (für die bundesgerichtliche Praxis vor Inkrafttreten des KG). Näher: HENRI DESCHENAUX, Licéité et limites du boycott (A propos de la jurisprudence du Tribunal fédéral), ZSR 1951, 127-171; ERNST EGGENSCHWILER, Zur Kartellpraxis des Bundesgerichts, WuR 1955, 173-186; MANFRED FINK, Die Darstellung der bundesgerichtlichen Praxis über die Kartellfrage, WuR 1954, 107-116; WALTER R. SCHLUEP, Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, in: Egon Tuchteld (Hrsg.), Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen. Festgabe zum 65. Geburtstag von Hugo Sieber, Bern/Stuttgart 1976, 95-130, 110-113; WALTER R. SCHLUEP, Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP 1996, 795-809, 798 f.; s. a. ERIC HOMBURGER, Bemerkungen zum Entscheid der I. Zivilabteilung des Bundesgerichtes vom 10. Oktober 1950 in Sachen des Schweizerischen Großhandelsverbandes der sanitären Branche gegen Edwin Jud AG. Amtliche Sammlung Band 76, II, 281 ff., WuR 1952, 137-146.

nicht zuletzt auch durch den Jubilar selbst³⁴ betrachtet worden. Doch sollen hier etwas andere Akzente gesetzt werden: Denn, so wird zu zeigen versucht werden, in der Rechtsprechung des Bundesgerichts spiegelte sich die Dynamik einer zutiefst kartellierten Wirtschaftsordnung wider, in der für ein Individualrecht auf Wirtschaftsfreiheit nur begrenzt Raum war. Das Bundesgericht hat diese Praxis dem Grundsatz nach akzeptiert und stabilisiert. Zwar wurden in den Konstellationen von Aussenseiterboykotten, die regelmässig den Gegenstand der bundesgerichtlichen Judikate bildeten, durchaus auch absolute, individualrechtlich begründete Abwehrbefugnisse formuliert. Allerdings rückte dabei der Gedanke einer prinzipiellen Wettbewerbsfreiheit in den Hintergrund. Selten, aber doch immerhin manchmal hat das Gericht dabei auch gemeinwohlbezogene Überlegungen eingeführt, die dem ideellen Ansatz nach zumindest in der Nähe der heute so heftig diskutierten Konzeptionen des „more economic approach“ stehen. Um diese Thesen zu verdeutlichen und zu begründen, wird in einem ersten Schritt die Ausformung der Konzeption der, wie es das Bundesgericht einmal genannt hat, „Kartellfreiheit“³⁵ in den Blick genommen (unten II.). In einem zweiten Schritt wird nach deren Grenzen gefragt (unten III.), bevor dann der Umgang des Bundesgerichts mit der Ausübung von Kartellmacht in den Vordergrund gerückt wird (unten IV.).

II. Die bundesgerichtliche Begründung der Kartellfreiheit

Als das Bundesgericht am 30. März 1896 im Prozess „in Sachen Vögtlin gegen Geißbühler und Konsorten“ sein Urteil verkündete, war die Wirtschaftslandschaft der Schweiz bereits relativ deutlich durch kartellistische Strukturen geprägt: Allein bis 1894 waren 46 kartellartige Organisationen in der Schweiz entstanden.³⁶ Die Ursache dieser Entwicklungen, deren rechtliche Voraussetzung die Einführung der Handels- und Gewerbefreiheit durch Art. 31 BV (1874) bildete, lag aller Wahrscheinlichkeit nach in der Entstehung von Überkapazitäten und den dadurch ausgelösten Preisdruck.³⁷

³⁴ ROLF H. WEBER, Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: Roland von Büren/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Basel 2000, 1, 18.

³⁵ BGE 33 II 106, 117 (Urteil vom 16. 2. 1907).

³⁶ PREISBILDUNGSKOMMISSION, Kartell und Wettbewerb (Fn. 31), 52; dazu auch ALAIN CORTAT, Un cartel parfait. Réseaux, R & D et profits dans l'industrie suisse des câbles Neuchâtel 2002, 204-206.

³⁷ In diese Richtung jedenfalls die Erklärungsansätze in: PREISBILDUNGSKOMMISSION, Kartell und Wettbewerb (Fn. 31), 111. Allgemein zum Zusammenhang von Wirtschaftskrise und Kartellierung HARM G. SCHRÖTER, Kartelle als Versuch der Krisenbewältigung, in: Friedrich-Wilhelm Henning (Hrsg.), Krisen und Krisenbewältigung vom 19. Jahrhundert bis heute, Frankfurt a.M. 1998, 161-187. S. a. HARM G. SCHRÖTER, Fields of Competition and of Cooperation: Cartel Structures in the International Chemical Industry, in: Hans Pohl (Hrsg.), Competition and Cooperation of Enterprises on National and International Markets

Dabei entstanden zum Teil sehr komplexe Strukturen, wie der Fall Vögtlin zeigt:³⁸ 1893 wurde die „interkantonale Genossenschaft der Müller und Bäckermeister“ gegründet, die ihrerseits „eine Reihe schweizerischer Bäckervereine“ zu ihren Mitgliedern zählte. Der Bäcker Vögtlin geriet mit einem dieser Mitglieder, dem Bäckerverband Brugg, in Konflikt, als er die örtlichen Preise unterbot. Daraufhin rief der Verband Brugg die der Genossenschaft angeschlossenen Müller durch ein Zeitungsinserat dazu auf, Vögtlin kein Mehl mehr zu liefern und drohte den gegen diesen Boykottaufruf verstossenden Müllern an, kein Mehl mehr von ihnen abzunehmen. Vögtlin wandte sich gerichtlich gegen dieses Vorgehen und verlangte zugleich Schadenersatz.

Ausgangspunkt für Vögtlin konnte einzig ein Anspruch aus widerrechtlicher Schädigung, Art. 50 aOR, sein. Dass ein „ökonomischer Schaden“³⁹ eingetreten war und dass Vögtlins Gegner absichtlich gehandelt hatten, stand für das Bundesgericht ausser Frage. Entscheidend wurde damit die Widerrechtlichkeit. Vögtlin hatte geltend gemacht, dass schon das kartellförmige Handeln des Bäckerverbandes ein rechtswidriges Tun darstelle, „weil er einen unerlaubten Zwang auf die freie Preisbildung, auf die das Publikum ein Recht habe, ausübe“. In der Sache stellte sich Vögtlin damit in die Kontinuität der oben angesprochenen Regelungen gegen Preiskartelle und forderte vom Bundesgericht einen, so könnte man vielleicht sagen, institutionellen Schutz des Preiswettbewerbs durch ein Verbot kartellierender Praktiken. Doch das Bundesgericht wandte sich gegen dieses Vorbringen. Denn, so erklärten die Richter unmissverständlich, die „Hebung eines Gewerbes durch die ... freie Vereinbarung eines Preisminimums, unter welchem die Verbandsmitglieder ihre Waare nicht abgeben dürfen, verstößt an sich weder gegen die gute Sitte noch gegen die allgemeine Rechtsordnung“.⁴⁰ Diese grundsätzliche Zulässigkeit kartellförmiger Selbstorganisation betonte das Bundesgericht knapp zehn Jahre später noch nachdrücklicher und rückte Kartelle dabei sogar in die Nähe von gemeinwohlgebotenen Institutionen:⁴¹

„Die heutige wirtschaftliche Organisation bringt es mit sich, daß der einzelne Gewerbetreibende zur richtigen und zweckgemäßen Ausübung seiner wirtschaftlichen Kräfte den Zusammenschluß mit seinen Gewerbegenossen sucht; anstatt daß die Gewerbegenossen sich durch *blinde, rücksichtslose Konkurrenz*, insbesondere *Preisunterbietung* gegenseitig schädigen und den *Allgemeinstand des Berufes herabdrücken*, soll dieser Zusammenschluß den *Berufsstand heben* und durch

(19th-20th Century) (Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, Beiheft 136), Stuttgart 1997, 35-56, 37 m.w.N.

³⁸ Zum Folgenden: BGE 22, 175, 176-179, die Zitate a.a.O., 176 (Urteil vom 30.3.1896).

³⁹ BGE 22, 175, 182 (Urteil vom 30.3.1896).

⁴⁰ BGE 22, 175, 183 (Urteil vom 30.3.1896).

⁴¹ BGE 33 II 106, 116 (Urteil vom 16.2.1907). Die Hervorhebungen entsprechen nicht dem Original.

die Vereinigung Aller dem Einzelnen zur Erreichung seiner Zwecke helfen. Der Einzelne gibt danach freilich bei einem derartigen Zusammenschluß ein Stück seiner Freiheit und seiner Selbständigkeit auf, aber nur, um *in der Stärkung der Allgemeinheit* der Berufsgenossen auch seine *eigene Stärkung* zu finden.“

Das in der Literatur im Zusammenhang mit solchen Gebilden herausgehobene „Freiheitsparadox“, nämlich die „Abschaffung der Freiheit“ durch die „Freiheit zur Kartellbildung“, ⁴² war hiernach für das Bundesgericht aufgehoben in der durch die Gemeinschaftsbindung verstärkten Position des Individuums. Im Zusammenhang des Marktes machte diese Bewertung sicherlich auch für die betroffenen Einzelhändler Sinn, die durch den Anschluss an ein Kartell an dessen Marktmacht teilhaben konnten. Eine weitere Argumentationsebene erschloss sich das Bundesgericht allerdings, wie schon angedeutet, durch den Verweis auf objektive, gemeinwohlnahe Wirkungen der Kartellpraxis: Kartelle vermieden eine sozial unerwünschte Form des Wettbewerbs („die blinde, rücksichtslose Konkurrenz“) und sie stärkten das Ansehen der betroffenen Berufszweige.

Im Zeichen dieser Rechtsprechungspraxis wurden kartellförmige Strukturen zu einem wesentlichen Organisationsmerkmal der schweizerischen Wirtschaft. ⁴³ Das zeigt sich im Blick auf die Entwicklung der Kartellgründungen, die in der nachfolgenden Übersicht zusammengefasst ist: ⁴⁴

Periode	Gründungen von kartellförmigen Verbänden
1895-1899	19
1900-1904	15
1905-1909	33
1910-1914	33
1915-1919	68
1920-1924	39
1925-1929	44

⁴² ANDREAS HEINEMANN, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Rolf H. Weber/Andreas Heinemann/Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Bern 2009, 43, 67. Näher etwa KÜNZLER, Effizienz (Fn. 1), 195 m.w.N.

⁴³ Als Überblick zur Entwicklungsdynamik der schweizerischen Kartelle SCHROETER, Kartelle (Fn. 32).

⁴⁴ Quellen: CORTAT (Fn. 36), 206 m. graphique 1; PREISBILDUNGSKOMMISSION, Kartell und Wettbewerb (Fn. 31), 52.

Periode	Gründungen von kartellförmigen Verbänden
1930-1934	77
1935-1939	78
1940-1944	66
1945-1948	52

Tabelle 1: Gründungen von kartellförmigen Verbänden in der Schweiz 1895-1948

Kurz nach der Jahrhundertwende nahm also die Zahl der neugegründeten Kartelle deutlich zu, um dann aufgrund der kriegsbedingten Strukturveränderungen und in der Zwischenkriegszeit als Reaktion auf die Weltwirtschaftskrise sprunghaft anzuwachsen. In der Zeit danach verharrten diese Zahlen dann auf einem niedrigeren Niveau, was vielleicht auch ein Ausdruck einer tendenziellen Konsolidierung sein mag.

Überregionale Kartellbildungen waren typisch vor allem für den Industriesektor wie etwa die „e.G. Portland“, das Herz des schweizerischen Zementkartells, das „als ein hochorganisiertes Kartell bezeichnet werden“ durfte, wie 1937 von amtlicher Seite nüchtern bemerkt wurde.⁴⁵ Ein anderes Beispiel bildet die kartellierte Organisation der Schokoladenindustrie: Die „Union Libre des Fabricants Suisses de Chocolat“ übernahm es hier, seit 1904 Preise und Verkaufskonditionen bis hin zu etwaigen Rückvergütungen zu regeln, neben die 1908 auch eine Preiskonvention über den Export trat. Als 1916 aufgrund der hoheitlichen Nahrungsmittelbewirtschaftung ein Zwangskartell für die Rohmaterialbeschaffung eingeführt wurde, übernahm die „Convention Chocolatière Suisse“ die Funktionen des Preiskartells, dem fast alle schweizerischen Schokoladenhersteller angehörten und dem sich kaum ein Unternehmen entziehen konnte.⁴⁶ Solche Beispiele liessen sich zwanglos vermehren etwa um den „Verein schweizerischer Aluminiumindustrieller/ Société Suisse des Industriels de l'Aluminium“, dessen Mitglieder sich in der Regel über die inländischen Quoten verständigten, während der Exportbe-

⁴⁵ PREISBILDUNGSKOMMISSION, Kartelle und kartellartige Abmachungen in der schweizerischen Wirtschaft, H. 1 behandelnd die Wirtschaftszweige I. Teil: Steine und Erden, II. Teil: Holz und Glas, III. Teil: Papier und Pappe (Veröffentlichung Nr. 16 der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes = Volkswirtschaft, Sonderheft 27), Bern 1937, 15-17, das Zitat a.a.O., 16; a.a.O., 17, ein sehr eindrucksvolles Organigramm über die „Organisation des Zementhandels“.

⁴⁶ Zum Ganzen: PREISBILDUNGSKOMMISSION, Kartelle und kartellartige Abmachungen in der schweizerischen Wirtschaft, H. 2 behandelnd die Wirtschaftszweige IV. Teil: Herstellung von Lebens- und Genußmitteln (ohne Urproduktion), V. Teil: Bekleidungsgewerbe und Konfektion (unter Einschluß des einschlägigen Handels), VI. Teil: Leder, Kautschuk, Bodenbeläge (Veröffentlichung Nr. 19 der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes = Volkswirtschaft, Sonderheft 31), Bern 1938, 30-33.

reich davon ausgenommen war, allerdings seinerseits jedenfalls im Bereich der Grossproduktion ohnehin durch ein internationales Kartell (Alliance Aluminium Cie Basel) reguliert wurde.⁴⁷

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat diese Entwicklungen stets gutgeheissen. Dabei wurde nicht allein auf die individuelle Dispositionsfreiheit der Kartellmitglieder und deren Interesse am Schutz gegen ruinöse Wettbewerbspraktiken abgestellt.⁴⁸ Vereinzelt bereits am Beginn des 20. Jahrhunderts, vollends aber in der Zwischenkriegszeit benutzte das Bundesgericht gemeinwohlbezogene Argumentationselemente zur Rechtfertigung von kartellförmigen Regulationsstrukturen. So hiess es 1913, die Gründung eines Kartells (in diesem Fall der ostschweizerischen Müller) könne nicht sittenwidrig sein, werde doch auf diese Weise „die Produktion dem Bedarf angepaßt“ und würden so „im Interesse Aller, auch des Publikums, stabilere Preisverhältnisse geschaffen“.⁴⁹ Hier rückte mit dem Interesse des „Publikums“ sogar die, modern gesprochen, Konsumentenwohlfahrt in den Horizont der Bewertung. Auf einer ähnlichen Linie bewegte sich ein Urteil des Jahres 1936: Hierin wurde eine kartellförmige „Regelung des Marktes“ im Bereich der Käsewirtschaft als „dringendes volkswirtschaftliches Gebot“ bezeichnet und damit nicht nur die Existenz eines „Syndikates“ legitimiert, sondern sogar die „Ver-nichtung der wirtschaftlichen Existenz“ von Kartellbetroffenen im Grundsatz für zulässig erklärt;⁵⁰ auf diesen Fall wird noch zurück zu kommen sein.⁵¹ Auch als nach 1945 in Europa allmählich Tendenzen der Dekartellierung einsetzten,⁵² blieb das Bundesgericht dieser Perspektive zunächst treu. 1947 – allerdings noch vor der Abstimmung über die Wirtschaftsartikel – wurden kartellförmige Massnahmen gegen den „Angestelltenfang“ ausdrücklich positiv

⁴⁷ PREISBILDUNGSKOMMISSION, Kartelle und kartellartige Abmachungen in der schweizerischen Wirtschaft, H. 3 enthaltend VII. Teil: Eisen- und übrige Nichte-dedelmetallbranchen (Industrie, Gewerbe und Handel) (Veröffentlichung Nr. 21 der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes = Volkswirtschaft, Sonderheft 35), Bern 1939, 16.

⁴⁸ Vgl. etwa 31 II 896, 915, wo allerdings darauf abgestellt wird, dass die Bindung zeitlich beschränkt ist (Urteil vom 14.12.1905); BGE 52 II 370, 383 (durch ein Kartell würden die Kartellgebundenen „sich in zulässiger Weise eines Teils ihrer wirtschaftlichen Freiheit“ entäussern, Urteil vom 8.11.1926); 54 II 160, 168 f. (mit einer Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung in diesem Punkt, Urteil vom 7.3.1928); BGE 62 II 97, 101 (Kartell als legitimes Mittel zur Beseitigung von „gewissen Auswüchsen der freien Konkurrenz“, Urteil vom 12.2.1936). In der Bewertung ähnlich wie hier auch FINK (Fn. 33), 112. Anders allerdings BGE 32 II 360, 368 (Urteil vom 16.6.1906), wo ausdrücklich erklärt wurde, aus Art. 31 BV lasse sich *nicht* die „Freiheit ... herleiten“, „sich zum Syndikat und zum Boykott zu vereinigen“.

⁴⁹ BGE 39 II 246, 251 (Urteil vom 31. 5. 1913).

⁵⁰ BGE 62 II 276, 280 f. (Urteil vom 6. 10. 1936).

⁵¹ Vgl. unten IV.2.

⁵² Prägnante analytische Verdichtung bei HANS B. THORELLI, Antitrust in Europe: National Policies after 1945, The University of Chicago Law Review 26 (1959), 222-236.

bewertet.⁵³ 1950 ging das Gericht noch einen Schritt weiter: Es postulierte nicht allein „das überragende Interesse der Gesamtheit an einer vernünftigen und zweckmässigen Organisation“ eines Gewerbebezweiges. Dem entsprach es, dass unter Berufung auf den neuen Kartellartikel⁵⁴ kartellförmige Marktbeschränkungen „zum Schutze eines Gewerbebezweiges oder Berufes“ auch für möglich gehalten wurden, um so „den Eintritt eines Zustandes zu verhindern, der ein staatliches Eingreifen notwendig machen würde“.⁵⁵ Hier wurde also sogar die Möglichkeit anvisiert, Kartelle zu Instrumenten der gerichtlichen Wirtschaftssteuerung im Interesse des Gemeinwohls zu machen. Bezeichnen-derweise wurde gerade dieser Ansatz dann auch teilweise heftig von der zeitgenössischen Literatur kritisiert, denn, so erklärte etwa ERIC HOMBURGER, „eine bestimmte Vorstellung von der im Interesse der Gesamtheit anzustrebenden Gestaltung des Wirtschaftsablaufes“ dürfe nicht auf dem Weg der Zivilgerichtsbarkeit durchgesetzt werden, vielmehr bedürfe es dazu „einer besonderen ausdrücklichen Ermächtigung durch die Verfassung“.⁵⁶ Gerade HOMBURGER war es auch gewesen, der bereits 1951 die Gerichtsbarkeit eindringlich davor gewarnt hatte, eine „Funktion wirtschaftspolitischer Art“ im Zusammenhang mit der Kartellrechtsanwendung für sich zu usurpieren, stehe doch diese Kompetenz einzig dem Gesetzgeber selbst zu.⁵⁷ In solchen Aussagen zeichneten sich bereits Umriss des gegenwärtigen Diskussionshorizontes ab.⁵⁸ Doch damit wird bereits der vorliegend gewählte thematische Rahmen überschritten. Hier bleibt vielmehr festzuhalten, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechungspraxis in der Zeit vor 1960 sehr plastisch die Präsenz kartellierter Marktstrukturen widerspiegelte. Je länger desto mehr gerieten dabei auch wirtschaftspolitische Gemeinwohlüberlegungen in die Begründungsansätze der bundesgerichtlichen Judikatur. Dieses Bild sollte in der Judikatur über die Grenzen der Kartellfreiheit seine Entsprechung finden.

III. Die Grenzen der Kartellfreiheit

Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht während des Beobachtungszeitraums keinen Kartellvertrag für nichtig erklärt. Freilich wurde verschiedent-

⁵³ BGE 73 II 65, 76 (Urteil vom 20. 5. 1947). Die Abstimmung über die Wirtschaftsartikel der BV erfolgte erst am 6. 7. 1947, vgl. nur ANDREAS KLEY, *Verfassungsgeschichte der Neuzeit*. Grossbritannien, die USA, Frankreich, Deutschland und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 2008, 304.

⁵⁴ Vgl. Art. 31^{bis}, Abs. 3, lit. d BV vom 1.10.1947.

⁵⁵ BGE 76 II 281, 288 f., 292 (Urteil vom 10. 10. 1950).

⁵⁶ HOMBURGER, *Bemerkungen* (Fn. 33), 143 f., ebenso FINK (Fn. 33), 113 f.

⁵⁷ ERIC HOMBURGER, *Zum Vollzug der staatlichen Intervention gegenüber Kartellen auf Grund von Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d der Bundesverfassung*, WuR 1951, 273-283, wieder abgedruckt in: Eric Homburger, *Ausgewählte Schriften*, Zürich 2000, 19-32, 26-28, das Zitat a.a.O., 27.

⁵⁸ Vgl. oben I., vor allem bei und in Fn. 10.

lich auf die Begrenzungen der kartellvertraglichen Dispositionsmacht hingewiesen. Dabei setzte sich in begrenztem Umfang die Tradition der frühen Kartellverbote fort. Denn wie schon in der bernischen Kartellregel⁵⁹ sah auch das Bundesgericht die Unzulässigkeit von Kartellen insbesondere dort, wo „lebenswichtige Lebensmittel in Frage stehen“.⁶⁰ So fand sich etwa bei der Prüfung eines Konkurrenzverbotes eines Verbandes von Milchgenossenschaften der ausdrückliche Hinweis darauf, das „Interesse der Milchkonsumenten“ werde nicht „derart gefährdet, daß von einer unerträglichen Monopolisierung eines allgemein unentbehrlichen Nahrungsmittels behufs künstlicher Preisbeeinflussung die Rede sein könnte“.⁶¹ In dieser Aussage wurde zwar das Konsumentenwohl ein Element der Abwägung, doch sein Gewicht war begrenzt. Denn Milchproduzenten konnten hiernach sehr wohl zur „Monopolisierung“ schreiten, die aber unterhalb der Grenze des „Unerträglichen“ bleiben musste. Konkret entscheidend war für das Gericht, dass die Verbraucher Zugang zu bezahlbaren Grundnahrungsmitteln behielten. Das bedeutete konkret, dass die „wucherische Preistreiberei“,⁶² die „exploitation abusive du public“,⁶³ die „künstliche, durch nichts gerechtfertigte Hochhaltung der Preise ... in der Absicht, die Käuferschaft in wucherischer Weise auszubeuten“,⁶⁴ zur Nichtigkeit einer Kartellabrede führte.

In letzter Konsequenz schien in solchen Formeln die Tradition des vor allem im kirchlichen Recht begründeten Wucherverbotes auf, das seine säkulare Fortsetzung in den frühneuzeitlichen Polizeiordnungen,⁶⁵ später in den Regulierungen des aufgeklärten Wohlfahrtsstaates fand⁶⁶ und dann durch die Wuchergesetzgebung des sozialreformerischen Interventionsstaats des ausgehenden 19. Jahrhunderts⁶⁷ wieder belebt wurde. Zwar bezog das Bundesgericht bisweilen die Preisbildung der je betroffenen Branche in die Abwägung ein.⁶⁸ Doch die Richter in Lausanne blieben weit entfernt von einer gezielten Preiskontrolle auf der Grundlage der Kartellverträge. Dahinter stand die Überlegung, dass die „einheitliche Preisregulierung ... naturgemäß“ und da-

⁵⁹ Oben, I., bei und in Fn. 25.

⁶⁰ BGE 62 II 97, 100 (Urteil vom 12.2.1936); in casu erklärte das Gericht im Blick auf ein Tabakwarenkartell nüchtern, „Der Tabak ist kein lebenswichtiger, unentbehrlicher Stoff, sondern ein ausgesprochenes Genussmittel“.

⁶¹ BGE 37 II 205, 211 (Urteil vom 24.6.1911).

⁶² BGE 33 II 106, 117 (Urteil vom 16.2.1907).

⁶³ BGE 31 II 896, 915 (Urteil vom 14.12.1905); 54 II 164, 168 (Urteil vom 7.3.1928).

⁶⁴ BGE 62 II 97, 100 (Urteil vom 12.2.1936).

⁶⁵ Für einen knappen Überblick s. HANS-JÜRGEN BECKER, Art. „Zinsverbot“, in: Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann/Dieter Werkmüller/Ruth Schmidt-Wiegand (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 5, Berlin 1998, 1719-1722.

⁶⁶ KATRIN LIEBNER, Wucher und Staat. Die Theorie des Zinswuchers im Deutschland des 18. und 19. Jahrhunderts (Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 144), Berlin 2010.

⁶⁷ MATTHIAS POHLKAMP, Die Entstehung des modernen Wucherrechts und die Wucherrechtsprechung des Reichsgerichts zwischen 1880 und 1933 (Rechtshistorische Reihe, 390), Frankfurt a.M. 2009.

⁶⁸ BGE 33 II 106, 117 (Urteil vom 16.2.1907).

mit auch legitimerweise „in den ordentlichen Bereich“ kartellierten Handelns fiel,⁶⁹ denn „die freie Vereinbarung eines Preisminimums, unter welchem die Verbandsmitglieder ihre Waaren nicht abgeben dürfen, verstößt an sich weder gegen die gute Sitte noch gegen die allgemeine Rechtsordnung“.⁷⁰

Dieses bundesgerichtliche Bekenntnis zur ausgeprägten privatrechtlichen Verfügungsmacht über die Organisation von Marktstrukturen und Marktpreisen deutete bereits darauf hin, dass der normative Stellenwert von Handlungsfreiheit und Wettbewerb bei der Inhaltskontrolle von Kartellverträgen noch geringer war. Schon die Begrenzung von Art. 31 Abs. 1 BV (1874) „auf das Verhältnis des Bürgers zum Staate“ und die Ausrichtung der Kontrolle über „die tatsächliche Einschränkung der freien Konkurrenz durch private Monopolgebilde“ „ausschliesslich“ an „den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts“⁷¹ belegte die richterliche Zurückhaltung gegenüber einer kritischen Prüfung der kartellistischen Vertragspraxis. Allerdings war das Bundesgericht auch nicht dazu bereit, zu akzeptieren, dass „durch Schaffung eines geschlossenen Kreises von Nutzniessern der wirtschaftliche Wettbewerb überhaupt ausgeschaltet würde“.⁷² Freilich kam es in der bundesgerichtlichen Praxis niemals zu einer Konstellation, in der der Wettbewerb aus der Sicht der Richter in dieser Form in Frage gestanden hätte. Die einzige Grenze, die – und auch dies nur in zwei Fällen – der kartellvertraglichen Dispositionsbefugnis gezogen wurde, ergab sich aus Art. 27 ZGB: Hatte das Bundesgericht 1913 noch den Mitgliedern von Kartellen ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund versagt,⁷³ so bewertete es knapp 20 Jahre später zumindest die zeitlich unbegrenzte Verpflichtung über Lieferbeschränkungen und Preisfestlegungen als „einen ausserordentlich tief einschneidenden Eingriff in die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit“, die in dieser Form „als zu weitgehend und mit Art. 27 ZGB nicht mehr vereinbar bezeichnet werden“ müsse. In dieser Konstellation wurde „die Kündigung als stillschweigend vereinbart“ unterstellt und damit der Vertrag vor der Nichtigkeit bewahrt.⁷⁴

Fast noch grosszügiger verfuhr das Bundesgericht bei der Inhaltskontrolle von Konkurrenzverboten für die Zeit nach dem Austritt aus einem Kartell: Ein Wettbewerbsverbot für eine Dauer von zehn Jahren würde nämlich, so hiess es 1913, noch nicht „die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Austretenden über das gesetzliche Maß hinaus“ beschränken. Im Konflikt zwischen den Wettbewerbsinteressen des Kartells und seines ehemaligen Mitglieds gab das Gericht nämlich dem Kartellinteresse den Vorrang, weil anderenfalls

⁶⁹ BGE 36 II 557, 561 (Urteil vom 17. 12. 1910).

⁷⁰ BGE 22, 175, 183 (Urteil vom 30.3.1896).

⁷¹ BGE 62 II 97, 100 (Urteil vom 12.2.1936). Siehe bereits BGE 32 II 360, 368 (Urteil vom 16.6.1909).

⁷² BGE 76 II 281, 293 (Urteil vom 10.10.1950).

⁷³ BGE 39 II 246, 251 f. (Urteil vom 31.5.1913).

⁷⁴ BGE 62 II 97, 102 (Urteil vom 12.2.1936); eine entsprechende Konstruktion bereits in BGE 62 II 32, 35 f. (Urteil vom 11.2.1936).

„einzelne Mitglieder durch ihren vorzeitigen Austritt den inneren Zusammenhang und die Aktionsfähigkeit des Verbandes gefährden“ könnten.⁷⁵ In dieser Aussage werden noch einmal zentrale Positionen der bundesgerichtlichen Bewertung von Kartell, Marktstrukturen und individueller Wirtschaftsfreiheit zusammengeführt: Kartelle bildeten wichtige Instrumente für die autonome Organisation „stabilerer Preisverhältnisse“.⁷⁶ Deswegen war auch die Stabilität des Kartells ein wichtiges Gut. Sie setzte aber die Begrenzung individueller Freiheitssphären voraus. Denn „die ... Einschränkung der persönlichen Freiheit des Einzelnen im Interesse des gesamten Verbandes ... ist unumgängliche Voraussetzung für die Wirksamkeit jeden Zusammenschlusses zur Verfechtung gemeinsamer Interessen und daher nicht zu vermeiden“.⁷⁷ Deswegen war die normative Bedeutung von Individualinteressen jedenfalls bei der Inhaltskontrolle von Kartellverträgen von vornherein deutlich begrenzt. Mehr Raum hatten individuelle Handelsfreiheit und Wettbewerb dagegen jenseits des Kartells. Denn in den Beziehungen zwischen Aussenseitern und Kartellen schützte das Bundesgericht – wenn auch nur zeitweise und in Grenzen – die freie Konkurrenz, wie im Folgenden deutlich zu machen sein wird.

IV. Die Ausübung von Kartellmacht und ihre Grenzen

Kartellvereinbarungen entfalteten keine rechtlichen Drittwirkungen.⁷⁸ Aussenseiter waren frei in ihrer Entscheidung, einem Kartell beizutreten, denn, so erklärte das Bundesgericht unmissverständlich, „entgegen der in Gewerbetreibenden verbreiteten Auffassung und Redeweise liegt in der Nichtzugehörigkeit zu einem Berufsverband ... durchaus kein unlauteres Gebaren [i.S.v. Art. 48 OR] ..., sondern der erlaubte Ausfluss der freien Konkurrenz“.⁷⁹ Aber trotz dieses Bekenntnisses zur prinzipiellen individuellen Wettbewerbsfreiheit des Aussenseiters sollten die Bewertungen seiner Position gegenüber dem Kartell in der bundesgerichtlichen Praxis zwiespältig bleiben.

Das galt vor allem für die Frage nach der Zulässigkeit von Aussenseiterboykotten, Massnahmen also, durch die ein Kartell wie im Fall Vögtlin⁸⁰ seine Marktmacht ausspielte, um Aussenseiter zu einem bestimmten Verhalten zu bringen. In der Literatur sind mehrere Phasen der Rechtsprechung über Boykotte unterschieden worden, wobei dabei vor allem auf die wechselnde Beurteilung der Intensität des Boykotts abgestellt worden ist.⁸¹ Angesichts der

⁷⁵ BGE 39 II 246, 254 (Urteil vom 31.5.1913).

⁷⁶ BGE 39 II 246, 251 (Urteil vom 31.5.1913). Zu diesem Zitat auch bereits oben, bei Fn. 49.

⁷⁷ BGE 62 II 97, 103 (Urteil vom 12.2.1936).

⁷⁸ Vgl. BGE 44 II 478, 481 f. (Urteil vom 7.11.1918); 52 II 370, 375 f. (Urteil vom 8.11.1926).

⁷⁹ BGE 57 II 481, 490 (Urteil vom 13.10.1931).

⁸⁰ Vgl. oben, bei und in Fn. 39.

⁸¹ SCHLUEP, Schweizerische Wettbewerbspolitik (Fn. 33), 112 f.

Fülle von Judikaten ist es nicht möglich, diese Rechtsprechung im vorliegenden Rahmen detailliert zu analysieren.⁸² Hier soll vielmehr zu zeigen versucht werden, dass sich jedenfalls im Blick auf die Bewertung von Individualrechten und Kollektivinteressen in der bundesgerichtlichen Kartellrechtstradition mehrere zeitliche Abschnitte ausmachen lassen. In einer ersten, frühen Phase bewertete das Bundesgericht die individuelle Handelsfreiheit des Aussenseiters relativ hoch (unten 1.). In einer zweiten Phase rückten auch hier wie schon bei der Bewertung von Kartellabreden mehr und mehr gemeinwohlorientierte Abwägungselemente in den Horizont der gerichtlichen Abwägung und führten zur normativen Schwächung der Aussenseiterposition (unten 2.). 1960 indes begrenzte das Bundesgericht im Giesbrecht-Urteil die Ausübung kollektiver Zwangsmacht geradezu schlagartig, ohne dabei jedoch völlig auf den Gedanken vom prinzipiellen Wohlfahrtsbezug von Kartellrecht zu verzichten (unten 3.).

1. Persönlichkeitsrecht und freie Konkurrenz

Es war das Vögtlin-Urteil, mit dem das Bundesgericht erstmals ein „persönliches Recht“ des Aussenseiters „auf freie Ausübung seines Gewerbes“ postulierte, „kraft dessen er Eingriffe Dritter in die auf den natürlichen Lebensverhältnissen beruhenden Beziehungen seines Geschäftsverkehrs nicht zu dulden braucht“. Eingriffe in dieses „auf Achtung und Geltung seiner Persönlichkeit im Verkehr gehende Individualrecht“ sahen die Richter insbesondere darin, dass „der Dritte durch Drohung oder Zwang Kunden oder Lieferanten vom Verkehr mit ihm abhält“.⁸³ Damit wurde die Ausübung von Kartellmacht markant beschnitten, dem Kartell blieb auf diese Weise nur seine Marktmacht, gegen die der Aussenseiter aber etwa durch eine entsprechende Preisgestaltung vorgehen konnte.

Knapp zehn Jahre nach dem Vögtlin-Entscheid schränkte das Bundesgericht allerdings die Reichweite dieses Persönlichkeitsrechts etwas ein, als es im Fall „Syndikat für die Interessen der schweizerischen Pharmacie“ gegen „Société coopérative des pharmacies populaires de Genève“ zu entscheiden hatte: Zwar blieb es bei einem „Individualrecht auf Achtung und Geltung der Persönlichkeit ..., das jeder Person zukommt und die Grundlage des Nebeneinanderlebens der Menschen in der Rechtsordnung bildet“. Aber diese Rechtsordnung war aus der Sicht der Richter bestimmt durch „das freie Spiel der Kräfte“. In diesem Rahmen war „die Schädigung des Andern durch Konkurrenz“ ein erlaubtes Mittel, solange sie nicht in „direkten Angriff auf die

⁸² Zur Typologie des Boykotts und seiner Grenzen in der Rechtsprechung des Bundesgerichts s. DESCHENAUX (Fn. 33), 129-137 und passim m.w.N.; in der Übersicht HOMBURGER/DROLSHAMMER (Fn. 33), 146-148.

⁸³ BGE 22, 175, 184 (Urteil vom 30.3.1896).

wirtschaftliche Existenz selbst“⁸⁴ umschlug. Dann nämlich – aber, anders als im Vögtlin-Urteil, *erst* dann – lag nicht allein eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts vor, vielmehr ergab sich die Unzulässigkeit solcher Handlungen auch „aus dem Wesen und Zweck der Rechtsordnung selber“, ⁸⁵ die vom Bundesgericht in einer bemerkenswerten, aber hier leider nicht näher zu verfolgenden Anlehnung an die ausdrücklich zitierten Thesen des Neukantianers RUDOLF STAMMLER⁸⁶ sehr grundsätzlich beschrieben wurden:

„Nach dieser Rechtsordnung ist, ganz allgemein gesprochen, der Freiheit des Einzelnen überall die Schranke gesetzt, daß auch die Freiheit des Andern dabei muß bestehen können. Hieraus folgt aber, daß die Ausübung der Rechte und die Betätigung der menschlichen Freiheit in einer Weise erfolgen muß, die auch dem Mitmenschen die Betätigung seiner Rechte und seiner Freiheit ermöglicht. Wird das Recht und die Freiheit dazu gebraucht, die Freiheit eines andern zu unterdrücken oder in ihrem Wesen einzuschränken, so liegt ein Mißbrauch des Rechts und der Freiheit vor, der vor der Rechtsordnung nicht bestehen kann; Recht schlägt dann in Umrecht um, und es handelt sich nicht mehr um die erlaubte Ausübung des Rechts, sondern um Rechtsmißbrauch.“⁸⁷

Ungleich nachdrücklicher als im so oft zitierten⁸⁸ Vögtlin-Urteil entfaltete das Bundesgericht also in diesem Entscheid die Idee eines auf dem Gedanken der Individualfreiheit aufruhenden Wettbewerbsrechts von Kartellen und Aussenseitern. Denn die Grenzen zulässigen Konkurrenzverhaltens wurden

⁸⁴ BGE 32 II 360, 367 (Urteil vom 16.6.1906).

⁸⁵ BGE 32 II 360, 368 (Urteil vom 16.6.1906).

⁸⁶ Umfassend: MATTHIAS WENN, Juristische Erkenntniskritik: Zur Rechts- und Sozialphilosophie Rudolf Stammers (Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Bd. 32), Baden-Baden 2003. Das Bundesgericht nahm Bezug auf eines von STAMMLERS wichtigsten Werken, „Das richtige Recht“, erschienen erstmals 1902.

⁸⁷ BGE 32 II 360, 368 (Urteil vom 16.6.1906). Nur am Rande sei bemerkt, dass diese Art der Begründung und Prinzipienbildung wohl für die bundesgerichtliche Praxis eher ungewöhnlich war, tendierte doch das Gericht gerade in der Aufbruchphase der schweizerischen Zivilrechtskodifikationen eher dazu, Rechtsprinzipien und Grundsätze unmittelbar aus positiven Gesetzesregeln zu entwickeln, vgl. dazu die wichtige Arbeit von VANESSA DUSS, Gericht, Gesetz und Grundsatz. Entstehung und Funktion von Prinzipien des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts vor und nach Einführung der zivilrechtlichen Kodifikationen (OR und ZGB) (Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, 60), Zürich/Basel/Genf 2009, passim. Es spricht allerdings für die Überlegungen von DUSS, dass das Bundesgericht sich im Anschluss an die im Text zitierte Aussage darum bemühte, den Einwand zu widerlegen, „daß eine derartige Auslegung des geltenden *Rechts* dem *Gesetze* ... widerstreite“, und dabei auf parallele Rechtsprechungslinien im Zusammenhang der illoyalen Konkurrenz, Art. 50 aOR, verwies (vgl. a.a.O., 368 f.; die Hervorhebungen entsprechen nicht dem Original). Hier wurde also versucht, die im Text zitierte grundsätzliche Position in den überkommenen Begründungshorizont aus Gesetzesregeln und Präjudizienbildungen einzubinden und damit auf die offenbar eher akzeptanzfähigen Argumentationsmuster umzusteuern.

⁸⁸ Vgl. oben I., bei und in Fn. 28.

abgeleitet aus dem Gedanken von widerstreitenden Individualfreiheiten, die auch im Wirtschaftssektor durch das Rechtsmissbrauchsverbot miteinander zu koordinieren waren. Das Verbot des existenzgefährdenden Aussenseiterboykotts war in dieser Perspektive also eine Regel, die die Freiheitssphären von Kartell und Aussenseiter miteinander in Einklang brachte. Umgekehrt war damit aber zugleich auch dem Aussenseiter eine Sphäre zulässigen Konkurrenzverhaltens garantiert. Dazu zählte das Bundesgericht dann insbesondere das Unterbieten der Kartellpreise durch den Aussenseiter und dies selbst dann, wenn die angebotene Ware aufgrund eines Vertragsbruchs von Kartellmitgliedern beschafft worden war.⁸⁹ Gerade in diesem Zusammenhang übte das Bundesgericht auch entschiedene Zurückhaltung gegenüber gemeinwohlbezogenen Überlegungen. Denn, so hiess in einem Entscheid des Jahres 1931, der „Verkauf durch Aussenseiter zu niedrigeren als den Kartellpreisen“ sei selbst zu „Verlustpreisen“ zulässig, auch wenn „wegen der Schädigung der Gläubiger und Konkurrenten unerwünschte volkswirtschaftliche Folgen entstehen“. Darüber aber könne das Bundesgericht nicht entscheiden:

„Weil sich die Rechtsordnung ... nicht um die Richtigkeit des wirtschaftlichen Wollens der Rechtsgenossen bekümmert, kann es auch nicht Sache des Richters sein, alle angeblich ungünstigen Ausflüsse der freien Konkurrenz auszuschalten; dazu würde es ihm auch an einem Masstab für die erforderliche und zulässige Höhe des Geschäftsgewinnes gebrechen“.⁹⁰

Trotz solcher Aussagen bedeutete die im Fall „Société coopérative des pharmacies populaires de Genève“ entwickelten Grundsätze auch einen Verlust an Schutz für den Aussenseiter: Denn der Boykott wurde zur prinzipiell zulässigen Ausübung von Kartellmacht, deren Grenzen nunmehr durch Abwägung zu bestimmen waren. Dabei verliess das Bundesgericht rasch den persönlichkeitsrechtlichen Begründungsansatz⁹¹ oder grenzte ihn durch das

⁸⁹ BGE 52 II 370, 375-377 (Urteil vom 8.11.1926); BGE 57 II 334, 340 (Urteil vom 8.7.1931).

⁹⁰ BGE 57 II 334, 339 f. (Urteil vom 8.7.1931).

⁹¹ Vgl. BGE 33 II 106, 118-120 (Urteil vom 16.2.1907) mit dem interessanten Fall eines Boykotts, der „sich an der Kapitalmacht“ des Aussenseiters „brach“ (a.a.O., 119), standen sich doch zwei gleichstarke Organisationen im „wirtschaftlichen Kampf“ (a.a.O., 121) gegenüber. Hier wurde die Vögtlin-Wertung nicht mehr erwähnt und stattdessen auf der Basis der Überlegungen im Fall „Société coopérative des pharmacies populaires de Genève“ entschieden, also nach der Möglichkeit der Existenzvernichtung gefragt. In BGE 34 II 246 (Urteil vom 11.4.1908) wurden beide Bewertungsmaßstäbe nebeneinander gestellt, dann aber wiederum auf nach der Möglichkeit der Existenzvernichtung abgestellt (a.a.O., 252-254), ergänzend aber noch nach der möglichen Wahrung berechtigter Interessen gefragt (a.a.O., 254-257). Bemerkenswert an diesem Fall war zudem der Umstand, dass das Bundesgericht über einen Arbeitskampf (eine „Sperrre“) zu entscheiden hatte und dabei die gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer normativ einem Kartell gleichgestellt wurden. Vergleichbare Fallkonstellationen sind in der bundesgerichtlichen Praxis sehr häufig (vgl. HOMBURGER/DROLSHAMMER [Fn. 33], 146-148), aber, so weit ersichtlich, noch nicht detailliert analy-

Argument ein, es sei „das Recht auf Achtung der Persönlichkeit nicht dahin aufzufassen, dass der einzelne Gewerbetreibende Anspruch auf eine mehr oder weniger gefestigte behagliche Existenz besässe“, es genüge bereits, „dass er seine wirtschaftliche Persönlichkeit überhaupt betätigen kann“.⁹² Doch auch der Gedanke des Rechtsmissbrauchs verlor sich allmählich⁹³ und stattdessen rückte das Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit in Art. 41 Abs. 2 OR in den Vordergrund.⁹⁴ In der Sache erweiterte sich damit allerdings lediglich das richterliche Abwägungsraster, wurde doch jetzt die Unzulässigkeit eines Boykotts auf der Basis einer Übermassprüfung beurteilt oder aber danach gefragt, ob die im Zusammenhang des Boykottes eingesetzten Mittel für sich genommen rechtswidrig waren.⁹⁵ So wurde etwa im Fall eines Zürcher Bäckermeisters, der wegen seiner Geschäftsbeziehungen mit der Migros-A.G. durch den „Verein der Bäckermeister von Zürich“ buchstäblich in den Konkurs getrieben wurde, schon deswegen von der Unzulässigkeit der Boykottmassnahmen ausgegangen, weil der Verein seinen Gegner überwachen liess.⁹⁶ Typisch waren aber auch die Fälle, in denen ein Boykott auf unrichtige Tatsachenbehauptungen gestützt wurde, was ebenfalls unmittelbar zu seiner Rechtswidrigkeit führte.⁹⁷ Diese Bewertungskategorien blieben auch bis zum Ende des Betrachtungszeitraums gültig.⁹⁸ Gegenüber dem vorstehend

siert worden. Typische Rechtsmissbrauchsabwägungen im Übrigen in BGE 37 II 417, 423 f. (Urteil vom 23.9.1911).

⁹² BGE 40 II 617, 619 f. (Urteil vom 5.12.1914).

⁹³ Übergänge bereits in BGE 36 II 561 f. (Urteil vom 17.12.1910), wo zwar im Ausgangspunkt wiederum nach der Vernichtungswirkung auf die wirtschaftliche Existenz gefragt, dann diese Konsequenzen aber als „zu weit gehende und daher unsittliche Beschränkung ... [von] persönlicher Freiheit“ gedeutet wird (a.a.O., 562). Offen gelassen wird die Rechtsgrundlage dann in BGE 48 II 324, 327, 329 (Urteil vom 19.6.1922).

⁹⁴ Vgl. etwa BGE 51 II 525, 529 f. (Urteil vom 26.11.1925), wobei hier um Boykottmassnahmen einer Gewerkschaft gestritten wurde, die den Arbeitgeber zur Entlassung eines gewerkschaftlich ungebundenen Arbeitnehmers zwingen wollte.

⁹⁵ Zusammenfassend BGE 56 II 431, 435 f. (Urteil vom 11.11.1930), 57 II 481, 491 (Urteil vom 13.10.1931).

⁹⁶ BGE 57 II 334, 342 f. (Urteil vom 8.7.1931). Bemerkenswerterweise hatten die Gegner des Bäckermeisters diesen Vorwurf sogar zugestanden, aber treuherzig eingewandt, die Überwachung „sei unauffällig durch einen Mann in bürgerlicher Kleidung ausgeübt worden und die Nachbarschaft sei nicht darauf aufmerksam geworden, der Kläger nicht belästigt worden.“ Das Bundesgericht reagierte geradezu empört auf diese Einlassung und vor allem auf deren Billigung durch die Vorinstanzen: Dies sei „entgegen der unverständlichen Ansicht der kantonalen Gerichte schlechthin und ohne Rücksicht auf eine allfällige Berechtigung des mit dem Boykott verfolgten Endzieles ein schwerer Eingriff in die persönlichen Verhältnisse des Betroffenen“. Gerade vor diesem Hintergrund führte das Bundesgericht auch einen gemeinwohlbezogenen Argumentationsansatz in die Begründung ein, wenn es erklärte, „Man braucht sich nur vorzustellen, zu welcher unerträglichen Einengung der persönlichen Freiheit und welcher Förderung des Spitzeltums es führen würde, wenn alle, die in einem wirtschaftlichen Kampf miteinander stehen, zu solchen Mitteln greifen würden“ (a.a.O., 342 f.).

⁹⁷ Vgl. BGE 48 II 324, 327-329 (Urteil vom 19.6.1922) sowie wiederum BGE 57 II 334, 348 f. (Urteil vom 8.7.1931).

⁹⁸ Vgl. etwa BGE 73 II 65, 76 (Urteil vom 20.5.1947); 82 II 292, 299 (Urteil vom 5.6.1956) m.w.N.

skizzierten individualrechtsgerichteten Deutungsansatz von Konkurrenz und Boykott war der Tatbestand der Sittenwidrigkeit freilich neutral. Deswegen konnten, wie im Folgenden deutlich werden wird, seit 1936 auch Wertungselemente in die bundesgerichtliche Bewertung von Kartellen hinein gelangen, die mit der neukantianischen Argumentation im Fall „Société coopérative des pharmacies populaires de Genève“ wenig gemein hatten.

2. Volkswirtschaftliches Kartellinteresse und Boykott

Die 1920 gegründete „Schweizerische Käseunion“ entstand als Rechtsnachfolgerin eines 1914 staatlich begründeten Kartells der Milchproduzenten und Käsehändler, der „Genossenschaft Schweizerischer Käseexportfirmen“. Zu den wichtigsten Zwecksetzungen der Käseunion zählte die „Erzielung höchster Preise ... durch die Ausschaltung gegenseitiger Unterbietung“. So bündelte diese Organisation die meisten grossen schweizerischen Käsehandelsfirmen.⁹⁹ 1933 griff die Käseunion, unterstützt durch das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement, in den heftigen Konkurrenzkampf der Schachtelkäsefabrikanten ein und begründete 1934 den „Verband Schweizerischer Emmenthaler Schachtelkäsefabrikanten“. Um den Beitritt aller Wettbewerber zu dieser Organisation zu erwirken, bot die Union allen beitretenden Schachtelkäsefabriken Vorzugspreise an, so dass Aussenseiter deutlich höhere Preise für das von der Käseunion gelieferte Rohmaterial zu zahlen hatten.¹⁰⁰ Dagegen wandten sich zwei Schachtelkäsefabriken, die dem neuen Kartell ursprünglich hatten fernbleiben wollen, dann aber aufgrund des wirtschaftlichen Drucks doch beigetreten waren. Sie verlangten für die Zeit bis zu ihrem Beitritt Ersatz der Schäden, die ihnen aufgrund der von der Käseunion faktisch erhöhten Materialpreise entstanden waren. Es gelang ihnen zwar das Bundesgericht davon zu überzeugen, dass im Vorgehen der Käseunion ein Boykott lag, weil sie vom Bezug verbilligten Käses ausgeschlossen worden waren. Obwohl die Klägerinnen einwandten, ihre Existenz sei durch diesen Boykott bedroht worden, wies das Bundesgericht die Klage ab. Denn ein Vernichtungsboykott wäre auch und gerade im Blick auf das Allgemeininteresse zulässig gewesen.¹⁰¹

„War ... die Regelung des Marktes, welche das Syndikat [scil. der „Verband Schweizerischer Emmenthaler Schachtelkäsefabrikanten“]

⁹⁹ PREISBILDUNGSKOMMISSION, Kartelle und kartellartige Abmachungen in der schweizerischen Wirtschaft, H. 4 enthaltend VII. Teil: Die Organisationen der schweizerischen Milchwirtschaft (Produktion, Verwertung und Handel) (Veröffentlichung Nr. 22 der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes = Volkswirtschaft, Sonderheft 36), Bern 1939, 20-24, das Zitat aus dem Geschäftsbericht 1936/37, a.a.O., 21.

¹⁰⁰ PREISBILDUNGSKOMMISSION, Kartelle und kartellartige Abmachungen in der schweizerischen Wirtschaft, H. 4 (Fn. 99), 26-28.

¹⁰¹ BGE 62 II 276, 281 (Urteil vom 6.10.1936). Die Hervorhebungen entsprechen nicht dem Original.

sich zur Aufgabe machte, ein *dringendes volkswirtschaftliches Gebot*, so musste sie auch gegen die beiden Klägerinnen durchgesetzt werden, und zwar selbst dann, wenn für diese die Fortdauer jener ungeordneten Verhältnisse eine Existenzfrage bildete. *Das Interesse ganzer Volkswirtschaftszweige und der schweizerischen Volkswirtschaft überhaupt ging den Sonderinteressen einzelner Aussenseiter vor.* Dem halten die Klägerinnen freilich entgegen, dass sie sich dem Beitritt zum Syndikat nicht grundsätzlich widersetzen, sondern lediglich einzelnen damit verbundenen Bestimmungen. *Die Ordnung des Marktes konnte aber, wenn sie wirksam sein sollte, nicht gerade in den wichtigsten Fragen, im Preis-, Kaliber- und Markenwesen, wieder durch allerlei individuelle Wünsche und Ausnahmen durchbrochen werden.*“

Das Bundesgericht akzeptierte also einen Vernichtungsboykott für eine „wirksame“, man ist versucht zu sagen, „effiziente“ „Ordnung des Marktes“. Diese Marktordnung war indes nicht mehr in erster Linie geprägt durch ein Mit- und Gegeneinander je individueller Freiheitssphären. Ihre Strukturen richteten sich vielmehr an der Wohlfahrt der schweizerischen Wirtschaft schlechthin aus. Dem entsprach die rhetorische Abwertung der individuellen Wettbewerbsinteressen durch den Ausdruck „allerlei individuelle Wünsche“, vor allem aber durch die bundesgerichtliche Bereitschaft, sogar die wirtschaftliche Existenz der Klägerinnen entschädigungslos dem Gemeinwohl zu opfern.

Diese markante Abstufung von Individualfreiheit gegenüber dem durch ein Kartell repräsentierten volkswirtschaftlichen Gesamtinteresse sollte kein Einzelfall bleiben. 1950 verstärkte das Bundesgericht sogar seine gemeinwohlbezogene Rhetorik. Noch einmal betonten die Richter dabei die grundsätzliche Zulässigkeit eines Vernichtungsboykotts. Denn, so hiess es jetzt,

„das überragende Interesse der Gesamtheit an einer *vernünftigen und zweckmässigen Organisation des Gewerbes* vermöchte ... zweifellos die wirtschaftliche Vernichtung des Aussenseiters zu rechtfertigen, der sich aus *eigensüchtigen Erwägungen* einer von den übrigen Beteiligten anerkannten und sich im Rahmen des rechtlich Zulässigen haltenden Ordnung nicht fügen will, sondern z. B. durch Preisschleuderei, Unterbietung und dgl. eine *vernünftige Marktorganisation* gefährdet und so die Existenz der übrigen Unternehmungen dieses Erwerbszweiges bedroht“.¹⁰²

Hier wurde das Kartell vollends zum Ausdruck eines objektiv vernünftigen Gesamtinteresses, das durch den individuellen Egoismus des Aussenseiters an der Optimierung des Marktes gehindert wurde. Die Schärfe dieser

¹⁰² BGE 76 II 281, 288 f. (Urteil vom 10.10.1950). Die Hervorhebungen entsprechen nicht dem Original.

Stellungnahme ist nur schwer zu erklären. Möglicherweise war sie – ebenso wie im Käseunion-Fall – Ausdruck einer immer noch präsenten Erfahrung wirtschaftlicher Krisen. In jedem Fall wandte sich das Bundesgericht in beiden Urteilen deutlich gegen die dargelegte ältere Tradition seiner Rechtsprechung. Freilich bleibt auch zu betonen, dass das Gericht in beiden Fällen nicht einmal ansatzweise den Versuch unternahm, eigene volkswirtschaftspolitische Ordnungsvorstellungen in die Bewertung einzubetten. Entscheidend war für die Richter in Lausanne vielmehr die Durchsetzung einer von ihnen offensichtlich für sinnvoll gehaltenen Ordnungskonzeption Dritter. In der Sache votierten sie damit für eine Kontinuität der hochkartellierten schweizerischen Wirtschaftsstrukturen.

Freilich blieben solche Stellungnahmen insgesamt die Ausnahme. Lediglich 1956 etwa verwies das Gericht nur mehr beiläufig auf die prinzipielle Existenz „rechtlich schutzwürdige(r) Interessen ... der Volkswirtschaft“.¹⁰³ Doch es war nicht zu übersehen, dass das Bundesgericht nicht allein, wie oben dargestellt, bei der Begründung, sondern auch bei der Ausübung von Kartellmacht prinzipiell offen war für die Idee einer gesamtwirtschaftlichen Lenkung mit den Instrumentarien der Kartellierung. Das änderte sich – wenn auch nur in Teilen – vier Jahre später, wie im nächsten Abschnitt deutlich werden wird.

3. Die Renaissance des Persönlichkeitsrechts

Am 20. Dezember 1960 entschied das Bundesgericht über den Fall der Firma „Witwe Alfred Giesbrecht Söhne“. Das Unternehmen hatte erfolglos Aufnahme in die „Vertglas, Genossenschaft der Schweizerischen Glasgrosshändler“ begehrt und wertete das mit Recht als Boykott. Allerdings konnte es keinen der überkommenen Tatbestände eines unzulässigen Boykotts nachweisen. Trotzdem entsprach das Bundesgericht dem klägerischen Gesuch. In seiner Begründung erlebte die Tradition der Vögtlin-Rechtsprechung eine geradezu verblüffende Wiederauferstehung. Denn das Gericht wählte nicht etwa den Tatbestand der Sittenwidrigkeit als Ausgangspunkt seiner Überlegungen, sondern rückte stattdessen das „Recht des Boykottierten auf Achtung und Geltung seiner Persönlichkeit im Geschäftsverkehr“ in den Vordergrund. Dieses Persönlichkeitsrecht wurde erstmals im bisher betrachteten Entwicklungszusammenhang mit dem Grundrecht auf Handels- und Gewerbefreiheit in Verbindung gesetzt:

„Die Bundesverfassung gewährleistet in den von ihr selbst und der Gesetzgebung gezogenen Schranken die Freiheit des Handelns und der Gewerbe (Art. 31 BV). Diese Bestimmung bietet unmittelbar nur Schutz gegen Eingriffe des Staates ... Sie verrät aber dennoch, dass die

¹⁰³ BGE 82 II 292, 302 (Urteil vom 5.6.1956).

*schweizerische Wirtschaft auf freiem Wettbewerb beruhen soll ... Dieser darf nicht durch private Abreden ausgeschaltet werden. Jeder hat nicht nur das Recht, an ihm teilzunehmen, sondern soll sich dabei auch nach den Grundsätzen des freien Wettbewerbs benehmen können, d. h. in der Lage sein, seine wirtschaftliche Tätigkeit so zu organisieren, wie es ihm beliebt. Das sind Auswirkungen seiner Persönlichkeit (Art. 28 ZGB).*¹⁰⁴

Hier wurde das Persönlichkeitsrecht aus der Tradition der Vögtlin-Judikatur verbunden mit dem Gedanken einer verfassungsrechtlich begründeten institutionellen Garantie des freien Wettbewerbs. Dem Ansatz nach schien das Bundesgericht dabei sogar auf eine Beseitigung von Kartellen zu zielen, wenn es die Unzulässigkeit von wettbewerbsbezogenen Privatabreden hervorhob. Allerdings fing das Bundesgericht die Geister, die es gerufen hatte, schnell wieder ein, indem es betonte, das Persönlichkeitsrecht „schützt niemanden vor den Ausflüssen eines sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben abwickelnden Wettbewerbs, mögen die Wettbewerber dem andern einzeln oder geschlossen in die Quere kommen“. Das hier angesprochene geschlossene Auftreten anderer Konkurrenten machte die Kartelle zu zulässigen Elementen des Wettbewerbs. Das wurde vollends deutlich im Blick auf die Persönlichkeitsrechte der Boykottierenden, denen das Gericht „die Vertragsfreiheit und die Freiheit des Zusammenschlusses“ zugestand.¹⁰⁵ Blieben also Kartelle auch weiterhin zulässige Formen der Marktorganisation, so begrenzte das Gericht aber gleichwohl die Ausübung der so entstehenden Kartellmacht drastisch.

Das lag freilich ohnehin in der Konsequenz des von ihm gewählten konzeptionellen Ansatzes, hatte doch die Vögtlin-Judikatur generell wettbewerbsbezogene Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre für rechtswidrig erklärt.¹⁰⁶ Aber so weit, bis hin zum generellen Boykottverbot, wollte das Bundesgericht nicht mehr gehen. Denn der Boykott selbst war seinen Richtern auch „Ausdruck der Autonomie der Person im Privatrecht“ und deshalb grundsätzlich auch rechtlich garantiert. Dieser Befund führte das Bundesgericht zur These, dass im Boykott die Persönlichkeitsrechte der Boykottierenden und der Boykottierten miteinander kollidierten und im Einzelfall „das von der Rechtsordnung höher eingeschätzte Recht zu bestimmen“ war. Entscheidend dabei sollte folglich die normative Bewertung der je verfolgten Interessen sein: „Nur wer mit dem Boykott offensichtlich überwiegende berechnete Interessen verfolgt, die er auf keine andere Weise wahren kann, verstösst nicht gegen das Recht“. Da jeder Boykott einen Eingriff in ein

¹⁰⁴ BGE 86 II 365, 376 (Urteil vom 20.12.1960). Die Hervorhebungen entsprechen nicht dem Original.

¹⁰⁵ BGE 86 II 365, 377 (Urteil vom 20.12.1960).

¹⁰⁶ Oben, IV.1. bei Fn. 83.

fremdes Recht bedeutete, war er rechtfertigungsbedürftig. In den Kategorien des Deliktsrechts ausgedrückt, hiess das, dass der Boykott „grundsätzlich widerrechtlich ist und nur ausnahmsweise, wenn besondere Rechtfertigungsgründe vorliegen, trotz Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Boykottierten von der Rechtsordnung geduldet wird“.¹⁰⁷

Im Zusammenhang betrachtet, könnte man sagen, dass das Bundesgericht auf diese Weise die Vögtlin-Rechtsprechung wiederbelebte, dabei aber gerade auf der Grundlage der hierbei entwickelten Wertungen modifizierte: Der Persönlichkeitsschutz des Boykottierten wurde mit dem Persönlichkeitsrecht der Boykottierenden koordiniert. Deswegen war der Boykott zwar ebenso wie in der Entscheidung von 1896 grundsätzlich ein rechtswidriger Übergriff, der aber im Blick auf das Persönlichkeitsrecht der Boykottierenden gerechtfertigt sein konnte.

Mit der Figur der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ blieb die Rechtsprechung allerdings auch weiterhin offen für die überkommenen Wertungen. Das hiess insbesondere, dass auch die Wirksamkeit von Marktordnungsmechanismen weiterhin berücksichtigungsfähig blieb. Bezeichnenderweise betonte das Bundesgericht dann auch, dass ein Boykott unrechtmässig sei, wenn er „einer unzweckmässig aufgezogenen Wirtschaft zu Hilfe kommen soll“, und es hielt den Einwand, dass ein Aussenseiter einen „ganzen Wirtschaftszweig zugrunde richten“ könne, zumindest theoretisch für einen Rechtfertigungsgrund.¹⁰⁸ So bleibt der Befund, dass zwar der Schutz des freien Wettbewerbs als Individualrecht erheblich aufgewertet worden war, dass aber auch jetzt noch dieses Individualrecht kein Instrument der allgemeinen Wohlfahrt war, sondern vielmehr in ihrem Interesse beschränkt werden konnte.

V. Schluss

Die Geschichte der bundesgerichtlichen Judikatur ist kaum dazu geeignet, die Tradition einer an der Handlungsfreiheit orientierten schweizerischen Wettbewerbsordnung zu belegen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts deutet in der Tendenz häufiger in die gleiche Richtung wie der „more economic approach“.

Freilich verdeutlichen die Probleme und Inkonsistenzen der bundesgerichtlichen Judikatur auch grundsätzliche Fragen, denen sich eine wohlfahrts- und vor allem konsumentenorientierte Kartellrechtsanwendung ausgesetzt sieht. So wurde immer wieder die Handlungsfreiheit überspielt, auch wenn das Bundesgericht die Position von Aussenseitern grundsätzlich schützte. Hinzu trat der Umstand, dass die an einem überindividuellen Wohlfahrtsideal

¹⁰⁷ BGE 86 II 365, 378 (Urteil vom 20.12.1960).

¹⁰⁸ BGE 86 II 365, 380 (Urteil vom 20.12.1960). In casu wies das Gericht ein entsprechendes Vorbringen der boykottierenden Seite lediglich als unschlüssig zurück.

orientierte Judikatur zumindest rhetorisch dazu neigte, Individualrechte zu marginalisieren. Damit geriet die Beziehung zwischen Gemeinschaftsinteressen und Individualinteressen in ein etwas diffuses Licht. Zugleich lockerten sich dabei die Bindungen an das Gesetz, was bisweilen von der Rechtsprechung selbst eingestanden wurde. Auf der anderen Seite lässt der Blick auf den richterlichen Umgang mit Kartellen und Kartellmacht allerdings vermuten, dass die Gerichtsbarkeit spätestens unter den Vorzeichen krisenhafter wirtschaftlicher Entwicklungen dazu tendierte, die wohlfahrtsökonomischen Folgen ihres Handelns mit in die Entscheidungspraxis einzubeziehen.

Es scheint vielversprechend zu sein, solche Regularitäten in die Gegenwart hinein zu verfolgen und dabei die Entwicklungen insbesondere in den USA¹⁰⁹ und in Deutschland¹¹⁰ vergleichend¹¹¹ in den Blick zu nehmen. Doch das wäre der Gegenstand eines anderen Beitrags.

¹⁰⁹ Breit kontextualisierte Betrachtung bei OLIVER LEPSIUS, Regulierungsrecht in den USA. Vorläufer und Modell, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, 3, hier vor allem 27-36 m.w.N.

¹¹⁰ Grundlegend: RAINER SCHRÖDER, Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914 (= Münchener Universitätsschriften, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 69), Ebelsbach 1988; siehe jetzt auch KLAUS W. RICHTER, Die Wirkungsgeschichte des deutschen Kartellrechts vor 1914: Eine rechtshistorisch-analytische Untersuchung, Tübingen 2007; weiterhin KNUT WOLFGANG NÖRR, Die Leiden des Privatrechts: Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (= Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 11), Tübingen 1994.

¹¹¹ Grundlegend für die „*Competition law story*“ in Europa GERBER (Fn. 21), wo allerdings die „*Swiss competition law story*“ nicht erzählt wird. Der Ausdruck „*Competition law story*“ a.a.O., 6 und öfter.